

O Arquivamento Definitivo

Sergio Demoro Hamilton

*Procurador de Justiça (aposentado) do
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

1. Sabe-se que o despacho de arquivamento é, por sua própria natureza, provisório, podendo o procedimento respectivo ser reaberto a todo tempo, desde que, nos termos da Súmula 524 do STF, surjam novas provas. Entenda-se, desde logo, o que sejam "novas provas". Estas indicam alteração *substancial* dos fatos até então apurados, ensejando, destarte, a reabertura das investigações. Ela pode decorrer de requerimento da vítima ou de seus familiares (providência muito comum) ou mesmo de qualquer pessoa do povo, caso o crime seja de ação penal pública incondicionada (art. 27 do CPP). O desarquivamento ainda pode resultar de investigações efetuadas pela própria autoridade policial, tal como permitido pelo art. 18 do CPP. Nesse artigo está dito que ela, autoridade policial, após o arquivamento, não fica impedida de proceder a novas pesquisas, se de "outras provas" tiver notícia. Caso as pesquisas em questão resultem frutíferas, caberá à autoridade policial levar ao conhecimento do *Parquet* o que tenha apurado para que ele proceda como entender de direito.

2. Observe-se que a Súmula 524 do STF adota, com inteira propriedade, a palavra despacho, demonstrando, com tal redação, que a manifestação jurisdicional em exame não assume o caráter de decisão e, muito menos, de sentença. Isto retrata, com fidelidade, o caráter provisório que lhe é imanente. Ela opera, sempre, *rebus sic stantibus*.

3. Impõe-se, na oportunidade, fazer uma consideração de ordem técnica a respeito da expressão "novas provas" constante da Súmula 524 do STF. Prova, com rigor científico, é aquela produzida em juízo, revestida das garantias do contraditório e da ampla defesa e que integra o devido processo legal (art. 5º, LV, da CF). No particular, a prova oral, para que possa servir de esteio a uma sentença definitiva, haverá de submeter-se ao crivo daquelas exigências do Texto Magno. É certo que se poderá argumentar no sentido de que, ao lado da prova oral (testemunhal, palavra do ofendido etc.) outras existem, ditas irrepetíveis. É o caso típico da prova pericial, que, em regra, é produzida na fase pré-processual (art. 6º, VII, do CPP), uma vez que, em incontáveis infrações penais em que ela se faz presente, os vestígios tendem a desaparecer com o tempo. Daí a urgência com que a prova técnica deva ser realizada. No entanto, mesmo em tal circunstância, a perícia pode vir a ser questionada em juízo, através do chamado contraditório diferido. Além do mais, dependendo do caso concreto, nada impede que a autoridade judicial venha a ordenar a realização de novo exame (art. 181, parágrafo único, do CPP). Suponha-se, como exemplo, que determinado documento submetido a exame caligráfico na fase do inquérito policial (art. 174 do CPP) venha a ser contestado em juízo, sob a alegação de que o resultado da perícia grafotécnica não retrata a verdade; ora, ele, documento, está nos autos, nada impedindo, assim, seja novamente periciado, por outros peritos, caso o juiz julgue conveniente ou mesmo necessário que novo exame se realize. No momento oportuno, por ocasião da sentença, caberá então ao magistrado valorar a prova em questão como entender de direito (art. 157 do CPP), acolhendo ou rejeitando uma das perícias ou aceitando, em parte, uma delas ou, até mesmo, desprezando ambos os laudos.

Portanto, entenda-se bem, a palavra "prova", quando apresentada na fase de inquérito policial ou em qualquer outra peça de informação idônea, é aqui usada para fins exclusivamente didáticos, não assumindo um caráter estritamente técnico, pois a "prova" apresentada na fase que antecede a ação penal encontra-se direcionada, basicamente, para o Ministério Público ou, quando for o caso, para o querelante. Daí a afirmação de certa parte da doutrina no sentido

de que faltaria justa causa para a ação penal, caso ela não figurasse como lastro para a denúncia, como suporte fático para a acusação. No meu entendimento, faltaria ao autor, em tal emergência, interesse de agir para o processo penal, acarretando a carência de ação.

Diga-se o mesmo, no caso de ação privada (art. 19 do CPP), bem como na hipótese, bastante rara, de queixa subsidiária (art. 29 do CPP).

Em outras palavras, o suporte fático é indispensável para o ajuizamento da ação penal uma vez que a denúncia ou a queixa não são peças de ficção. Ambas repousam em algum dado concreto, sob pena de traduzirem uma acusação temerária, que pode, inclusive, acarretar consequências de ordem penal para o tráfego que se arvora em formulá-la.

Tudo isso resulta bem claro da leitura da própria lei processual penal (arts. 12, 27, 28, 39, § 5º, e 46, § 1º, do CPP e 77, § 1º, da Lei 9.099/95).

4. Em que casos, então, caberia o arquivamento?

A lei não cogitou de indicar as hipóteses possíveis de arquivamento, partindo do fato, quero crer, de que, uma vez adotado o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (art. 24 do CPP), não haveria porque enunciá-los, tendo em conta que não seria comum a sua incidência. Isto resulta bem claro da leitura do art. 43 do CPP, que se ocupa dos casos de rejeição da inicial de acusação por falta de uma das condições para o exercício regular do direito de ação. Dessa maneira, somente à falta de uma das condições da ação, segundo o nosso Código, é que a denúncia ou a queixa poderá ser rejeitada. Como teremos a oportunidade de apreciar, o referido art. 43 não esgota todos os casos de rejeição da inicial acusatória, embora mantido em sua integralidade o princípio da legalidade, como será analisado (art. 24 do CPP).

É certo que boa parte da doutrina¹ sustenta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública restou mitigado com o ad-

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**, p. 122, 6ª edição, 2004, São Paulo: Ed. Saraiva.

vento da Lei 9.099 de 26.9.1995, que conferiu regulamentação ao mandamento constitucional do art. 98, I, da Lei Maior, ao permitir a transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Volta-se, pois, à indagação: em que casos, no sistema do Código, seria possível o arquivamento?

- a) quando o fato, a toda evidência, não constituir infração penal;
- b) quando a punibilidade estiver extinta;
- c) quando faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal;
- d) quando inexistirem indícios de autoria;
- e) quando faltar, no inquérito policial ou na peça de informação, suporte fático mínimo indispensável para uma imputação.

Assinale-se que, no regime da Lei 9.099/95, da mesma forma, será possível o arquivamento do termo circunstanciado e o art. 76 daquele diploma legal a ele faz referência de forma expressa, como, aliás, não poderia deixar de ocorrer, pois, também lá, poderia apresentar-se uma das situações processuais acima referidas, embora a hipótese, dada a natureza das infrações penais de que se ocupa aquela lei, seja remota. É certo que, em alguns casos, o procedimento será remetido para o Juízo comum (arts. 66, parágrafo único, e 77, § 2º, da Lei 9.099/95), salvo quando surgir evidente que nada resultará para a apuração do fato, desde que constatada a inutilidade da realização de qualquer outra diligência.

5. Colocada a temática nestes termos (4, *supra*), vejamos em que casos o arquivamento poderá assumir caráter definitivo, despindo-se de seu caráter provisório.

Começemos, por exclusão, pela análise das situações processuais em que ele reveste natureza provisória. Comumente o arquivamento tem merecido exame dessa forma, como é natural.

A primeira hipótese em que o arquivamento apresenta natureza provisória é aquela em que o Ministério Público vê-se à frente da falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal. Vislumbre-se, por exemplo, o caso de um crime de ação penal pública condicionado à representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (arts. 24 do CPP e 100, § 1º, do CP).

Suponha-se, não importa a razão, que o inquérito policial tenha sido instaurado com violação ao art. 5º, § 4º, do CPP. Chegado a juízo e não tendo o ofendido ofertado representação, só caberá ao *Parquet* requerer o arquivamento por falta daquela condição de procedibilidade. Torna-se claro que, uma vez satisfeita a condição, o inquérito policial será desarquivado (art. 43, parágrafo único, do CPP), legitimando a atuação do Ministério Público que poderá oferecer denúncia (desde que presentes, evidentemente, as demais exigências para o exercício da ação penal) ou mesmo requerer o arquivamento do inquérito policial por razões outras que não importem no reconhecimento da falta de condição de procedibilidade, uma vez que o Ministério Público não se encontra vinculado, de qualquer maneira, aos termos da representação.

É preciso, no entanto, que a representação, no caso versado, seja ofertada dentro do prazo decadencial (arts. 38 do CPP e 103 do CP). Acrescente-se, ainda, que a representação, embora regulada minuciosamente no art. 39 do CPP, não é uma peça formal, bastando que, de forma inequívoca, fique demonstrada a vontade do ofendido no sentido de ver processado o autor do fato criminoso. Ela nada mais é que uma autorização dada pelo particular para que o Ministério Público possa exercer a ação penal (art. 129, I, da CF). Dessa maneira, no paradigma trazido à colação, bastaria qualquer manifestação idônea do ofendido, para que o *Parquet* pudesse atuar. Caso a representação venha a ser ofertada a destempo, caberá ao Ministério Público requerer a extinção da punibilidade pela ocorrência da decadência (art. 107, IV, segunda figura, do CP c/c o art. 38 do CPP). Se o juiz vier a acolher a fala do *Parquet*, declarará a extinção da punibilidade do fato e, em razão de tal decisão, o inquérito policial estará arquivado. Esta última hipótese de arquivamento, no entanto, revela certa peculiaridade que será objeto de análise no momento oportuno, pois, uma vez preclusa a decisão, o arquivamento se tornará definitivo (13, *infra*).

Portanto, neste primeiro enfoque do arquivamento, a providência será sempre provisória, pois, uma vez satisfeita a condição estabelecida pela lei para que a ação penal possa ser exercitada, o Ministério Público estará habilitado a ajuizar a demanda. E tanto isto

é verdade, que a lei processual penal, em seu art. 43, parágrafo único, deixa patente que a rejeição da denúncia em tal situação não obstará o exercício da ação penal, desde que satisfeita a condição. O aludido dispositivo (art. 43), convém repetir, enumera as causas que motivam a rejeição da inicial da acusação (4, *supra*).

No caso ora em exame, tem pleno sentido a seguinte pergunta: cabe recurso contra o despacho de arquivamento? A jurisprudência, com inteiro acerto, tem entendido ser irrecorrível a "decisão" que o determina. Podem ser anotados alguns julgados nesse sentido: STJ, Rec MS 5840, *in* DJU de 4.8.97, p. 34888, RT 422/316 e 760/654 entre outros².

6. Outra modalidade de arquivamento provisório encontra lastro no fato da inexistência de indícios de autoria. Em nosso processo inexistente ação penal contra pessoa incerta. Pode ocorrer que os autos não apresentem dados qualificativos completos a respeito do autor da infração penal. Tal circunstância não impede o exercício da ação penal desde que inexistam dúvidas quanto à sua identidade física. É por tal razão que o Código, no art. 41, ao ocupar-se dos requisitos que a petição inicial deve conter, exige a qualificação do acusado ou os "esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo". Portanto, ainda que incompleta a qualificação, desde que se possa individualizar o denunciado, estabelecendo sua identidade física, não se poderá falar em falta de indícios da autoria. É muito comum a adoção da chamada qualificação indireta, que se faz para suprir a ausência de qualificação direta, quando o indiciado encontra-se foragido. Ela é feita através de um levantamento levado a efeito pela autoridade policial, mediante investigação, e que, muitas vezes, supre, por completo, a qualificação direta.

² Referência jurisprudencial colhida do **Código de Processo Penal Anotado**, JESUS, Damásio E. de, p. 455, Editora Saraiva, 22ª edição, 2005, São Paulo. Naquele excelente repositório, o verbete usa o vocábulo "decisão", quando, no meu entendimento, caso estivesse em jogo uma decisão haveria recurso contra a mesma. Na hipótese, não há que se falar em recurso, pois a manifestação jurisdicional de arquivamento fundada na falta de condição exigida em lei para o exercício da ação penal consubstancia-se num mero despacho e os despachos, como sabido, não comportam recurso, salvo quando importarem inversão da ordem legal do processo. Nessa ocorrência, não de todo rara, haverá a possibilidade da parte prejudicada interpor Reclamação, que, ainda, terá cabimento nos casos de erro de ofício, abuso de poder ou omissão dos juízes (art. 219 e segs. do CODERJ). Daí, as "aspas" colocadas na palavra "decisão".

A autoria, como sabemos, toca de perto com a *legitimatio ad causam* passiva; daí sua relevância para a formação da relação processual válida.

Portanto, meros defeitos na qualificação do indiciado, desde que certa a sua identidade física, não justificam o arquivamento. Por tal motivo o art. 259 do CPP permite, a qualquer tempo, no curso do processo e, até mesmo, na fase de execução, a retificação, por termo nos autos, dos dados qualificativos do imputado.

É chegado o momento de estabelecer limites no que respeita à qualificação do indiciado. A simples referência a "fulano de tal, negro, alto e magro" para indicar o autor do fato criminoso não serve para individualizar qualquer pessoa. Caso tal se dê, caberá ao Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial em razão da falta de indícios da autoria. Veja-se, a propósito, decisão emanada da 3ª Câmara Criminal do TJSP, no recurso criminal n. 53.051, que considerou ser sobremodo inseguro e "até muito temerária", denúncia contendo apenas aqueles dados ("preto, alto e magro")³, rejeitando-a.

O arquivamento, quando ocorre a falta de indícios da autoria, dar-se-á por despacho do juiz atendendo a requerimento do Ministério Público. Em ocorrendo a hipótese, o despacho em questão é irrecorrível, somente tornando-se possível o desarquivamento se obediente aos termos da Súmula 524 do STF. Surgindo novas "provas" da autoria, até então ignorada, dá-se a reabertura da investigação (veja-se, a propósito, o item 3, *supra*).

Duas palavras, ainda, a respeito do que se deva entender por qualificação. Qualificação é o conjunto de qualidades que ornamentam uma pessoa, compreendendo o nome (aqui indicados o prenome e o apelido de família), a alcunha ou vulgo e, eventualmente, o pseudônimo, o estado civil, a data de nascimento, a naturalidade, a nacionalidade, a filiação, a atividade que exerce, o nº do registro civil e o do CPF e os endereços (residencial e de trabalho). Observe-se que, raramente, se encontrará uma qualificação direta revestida

³ MIRANDA, Darcy Arruda, in *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, v. IX, p. 143, Editora Revista do Tribunais Ltda., São Paulo, 1963.

de tantos dados informativos. Nem por isso, desde que não haja dúvida sobre a identificação do indiciado, se poderá falar em falta de indícios de autoria. É de se ter em conta que as omissões acidentais, relativas à qualificação (ou quaisquer outras), constantes da denúncia poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final (art. 569 do CPP). E o art. 259 do CPP, voltado de forma específica para a qualificação, apresenta-se, ainda, mais completo ao permitir a retificação daqueles dados até mesmo na fase de execução.

Acrescente-se, ainda, a importância de tais informações para o fim de elaboração da estatística criminal, que terá por base o boletim individual que é parte integrante dos processos (art. 809 do CPP).

7. Outra circunstância que enseja o arquivamento provisório reside na falta de suporte fático mínimo para que a acusação possa ser apresentada.

A denúncia, como já posto em relevo ao início do presente estudo, não consiste em uma peça de ficção, ela haverá de encontrar esteio em fatos idôneos para que possa ser ofertada. É certo que as informações poderão ser complementadas em juízo, qual se colhe do art. 10, § 2º, do CPP. Porém, a peça de informação ou o inquérito policial deverá conter, desde logo, um mínimo de indicações de maneira a permitir que a denúncia possa ser oferecida. Em caso contrário, só restará ao Ministério Público promover a devolução dos autos do inquérito policial para a complementação das diligências (art. 10, § 3º, do CPP) ou requisitar a instauração do inquérito policial (art. 5º, II, do CPP) para melhor apurar os fatos chegados ao seu conhecimento por qualquer via merecedora de crédito (arts. 27 e 39, § 5º, do CPP).

Como já ficou dito, a necessidade de suporte fático para que a denúncia possa ser apresentada resulta bem nítida da leitura dos arts. 12, 27, 28, 39, § 5º, e 46, § 1º, todos, do CPP.

Desde que o *Parquet* não disponha de indicações mínimas para ajuizar a ação penal, só lhe restará requerer o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação. Entenda-se bem: para acusar o Ministério Público não necessita de um suporte fático completo e exaustivo mas apenas de um mínimo de "provas". A instru-

ção criminal probatória produzida em juízo dará ensejo a que se complemente eventual insuficiência de dados, podendo propiciar até mesmo que a denúncia venha a ser aditada.

Deverá o juiz, diante do requerimento de arquivamento do *Parquet*, fundado na falta de indicações mínimas para o oferecimento da denúncia, determinar, mediante despacho, o arquivamento do procedimento respectivo, desde que, evidentemente, venha a acolhê-lo.

Torna-se claro que, no caso, o arquivamento será provisório, podendo o inquérito policial ou a peça de informação, a todo o tempo, ser desarquivado desde que a hipótese venha a subsumir-se nos termos exigidos pela Súmula 524 do STF.

Averbe-se ainda que, em tal situação processual, o autor do fato encontra-se perfeitamente indicado. No entanto, as informações constantes dos autos não permitem que a denúncia seja oferecida. Trata-se, como de observação tranqüila, de formulação distinta daquela tratada no item 6, *supra*, em que se viu abordada a falta de indícios da autoria.

Aqui, faltaria interesse de agir para o Ministério Público⁴.

8. Chega-se, agora, à razão de ser do presente estudo, que mereceu o título provocativo de "O arquivamento definitivo". É que, como de elementar sabença, a provisoriedade é típica do arquivamento. Por tal razão é que a Súmula 524 do STF adota a seguinte redação: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem *novas provas*" (destaques meus).

O despacho, por natureza, traz em si uma carga decisória mínima e, por isso mesmo, em regra, é irrecorrível. Dessa maneira, quando o juiz designa dia e hora para a realização de uma audiência, quando determina a notificação de uma testemunha para ser inquirida, quando, praticando ato de impulso processual, ordena que as partes falem em diligências ou em alegações finais e assim por diante, está o magistrado prolatando despachos. São, todos eles,

⁴ Para um exame mais detalhado a respeito do interesse de agir no processo penal, o eventual leitor encontrará algumas observações em meu artigo "Breves anotações sobre o interesse de agir no processo penal", na Revista *Lições de Direito*, v. 2, p. 213 e seguintes, publicação da UniverCidade Editora - Rio de Janeiro, 2005.

manifestações jurisdicionais tomadas *rebus sic stantibus*, sujeitas a revogação desde que situações processuais novas aconselhem sua modificação. Todos aqueles despachos caracterizam atos ordinatórios do procedimento, indispensáveis para o seu regular desenvolvimento.

No caso de arquivamento é o que, em regra, ocorre como tivemos a oportunidade de apreciar até aqui (5 a 7, *supra*).

No momento, cabe-nos examinar situação processual diversa. Trata-se do arquivamento ocorrido quando o fato apurado, a toda evidência, não constitua infração penal. Em ocorrendo tal emergência, o juiz pratica ato decisório, atendendo sempre a requerimento do Ministério Público. Não se trata de mero despacho do magistrado envolvendo uma questão de fato ("prova"), fato que hoje é desconhecido nos autos e que poderá, no futuro, ser descoberto, dando margem ao oferecimento de denúncia ou, pelo menos, à reabertura das investigações. Trata-se, agora, quando do reconhecimento da atipicidade do fato, ao revés, de matéria de direito não resolvida através de mero despacho, mas, sim, por meio de uma decisão. E por tratar-se de decisão, a matéria nela ventilada desafia o recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II, do CPP.

Cabe, desde já, questionar: quem poderá apelar em tal situação?

O Ministério Público, sabe-se, por haver requerido o arquivamento, não terá *interesse* na reforma ou na modificação da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP).

O indiciado, muito menos, por faltar-lhe *sucumbência*.

Penso que a decisão de arquivamento, *in casu*, poderá ser enfrentada pelo ofendido ou, à sua falta, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Não haverá, *em regra*, é bom que se assinale, qualquer interesse material de ressarcimento do dano pois, segundo dispõe o art. 67, I, do CPP, a decisão de arquivamento não impede a propositura da ação civil. Porém, esta regra está voltada para a figura do indiciado.

Com efeito, o fato pode ser atípico mas exigir reparação civil. Aliás, veda-se a ação civil somente quando, em sentença absolutória houver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP) ou, ainda, nas situações processuais contempladas nos arts. 65 e 386, V, do

CPP. Nestas últimas hipóteses, com reservas, isto é, não de forma absoluta.

Porém, subsiste também para o ofendido (ou de quem lhe fizer as vezes) o interesse moral de ver processado o autor do fato. Não só o dano moral advindo do fato, mas também eventual dano material, como se verá abaixo (12, *infra*), pois, como posto em relevo, o reconhecimento no sentido de que o fato não constituiu infração penal não afasta o ressarcimento eventual do dano causado pelo indiciado beneficiado pelo arquivamento.

Ocorrendo ser o ofendido incapaz incumbe ao seu representante legal interpor o recurso respectivo.

No caso vertente, não há falar em irrecorribilidade do despacho de arquivamento, tal como apontado linhas acima (5 a 7, *supra*), uma vez que as conseqüências da *decisão* são bem diversas daquelas outras já examinadas (5 a 7, *supra*). Aqui, encontra-se em jogo uma decisão com força de definitiva, trancando, de uma vez por todas, a ação penal; nos demais casos estudados (5 a 7, *supra*), um mero despacho que traz em si mesmo o caráter de provisoriedade, podendo, a todo o tempo, enquanto não extinta a punibilidade do fato, o feito criminal ser reaberto, desde que presentes os requisitos a que se refere a Súmula 524 do STF.

Quando o arquivamento é ditado pela ausência de tipicidade penal do fato sob apuração, a decisão judicial - porque tem força de definitiva - reveste-se de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da persecução criminal. Em ocorrendo tal conjuntura, não há, pois, como cogitar-se de aplicação da Súmula 524 do STF nem tampouco da providência contemplada no art. 18 do CPP, uma vez que a decisão judicial fundou-se na inoccorrência de infração penal.

A Suprema Corte, quando do julgamento do HC 80.560/GO, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, já teve a oportunidade de manifestar-se no sentido de que "A afirmação corrente de que o arquivamento do inquérito ou de diferentes peças informativas do delito não faz coisa julgada há de ser sempre recebida ***cum grano salis***, para evitar generalizações indevidas".

Do mesmo sentir, o julgado do Pretório Excelso por ocasião da apreciação do HC 66.625, no qual, com igual entendimento, resul-

tou assinalado que o arquivamento fundado na atipicidade do fato, impede a instauração da ação penal. Na mesma linha de pensamento, consultem-se os acórdãos constantes das RTJ 127/193 e RT 670/357.

Registre-se, em acréscimo, passagem do voto condutor do Ministro Octávio Gallotti, por ocasião do julgamento do HC 66.625, quando, examinando caso concreto, pôs em relevo que, na espécie dos autos, não se punha em dúvida a prova do fato mas sim o seu relevo penal. Tal fundamento não é passageiro, porém essencial e permanente⁵.

A hipótese assemelha-se à rejeição da denúncia com fulcro no art. 43, I, do CPP, no qual, igualmente, não se permite que a instância venha a ser renovada.

Há, porém, uma diferença. É que para a rejeição da denúncia, *in casu*, a lei previu recurso específico (art. 581, I, do CPP) para enfrentamento do *decisum*.

Recentemente, o Supremo, por ocasião do julgamento do *Habeas* 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello, voltou a manifestar o mesmo entendimento, ou seja, a impossibilidade da reabertura da investigação policial no caso de arquivamento fundado na ausência de tipicidade penal, invocando, por sinal, abalizado magistério doutrinário⁶.

9. Não me foi dado observar em qualquer pronunciamento da Corte Suprema a possibilidade da interposição de recurso contra a decisão de arquivamento fundada na atipicidade do fato, muito embora, por seus efeitos, a decisão em questão tornasse impeditiva a reabertura do feito.

No entanto, parece-me que o ofendido (8, *supra*) deva ser intimado para que, caso deseje, mediante apelo, venha a evitar a eficácia preclusiva do *decisum*, valendo-se, para tanto, do recurso de apelação residual contemplado no art. 593, II, do CPP (12, *infra*).

⁵ Todos os julgados transcritos no item 08 foram extraídos do *Habeas Corpus* nº 84.156-MT, relator o Sr. Ministro Celso de Mello, em acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* de nº 193, p. 648 e seguintes.

⁶ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial: Novas Tendências*, p. 25/27 e 33/34, itens ns. 7 e 10, IASP/CEJUP, 1986.

10. Outro aspecto relevante que o tema envolve reside na circunstância de que o Ministério Público só deverá requerer o arquivamento com base na atipicidade do fato quando *evidentemente* ele não constitua uma infração penal. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro societate*, não cabendo ao *Parquet* "anistiar" o indiciado, desde que existam, pelo menos, elementos de informação, por mínimos que sejam, que justifiquem a propositura da ação penal. Nesse sentido, é bom ter em conta, mais que nunca, a necessidade da observância do art. 24 do CPP, que consagra o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ali está dito, de forma bem nítida, que a ação penal pública *será* promovida por denúncia do Ministério Público. Não cabe ao *Parquet* requerer o arquivamento por razões de política criminal ou de conveniência. Observe-se, ainda, que, nos casos em que o requerimento de arquivamento encontrar fundamento na atipicidade penal do fato, justifica-se especial cuidado na manifestação ministerial tendo em conta o caráter definitivo que o arquivamento, acaso deferido, trará para o futuro da apuração do evento, não se lhe aplicando o verbete contido na Súmula 524 do STF.

Dessa maneira, o arquivamento só poderá ser postulado naquela circunstância quando, de maneira indiscutível, o fato não constitua infração penal. Tal regramento deflui claramente da leitura conjunta dos arts. 24 c/c 43, I, do CPP.

11. Uma perplexidade: cabe arquivamento definitivo do inquérito policial com base em causa excludente da antijuridicidade?

Encontrando-se, *sem sombra de dúvida*, evidenciada a falta de ilicitude da conduta, penso ser possível o arquivamento do inquérito policial ou da peça de informação, tendo em conta os dizeres do art. 23 do CP. É que, em tal hipótese, "não há crime" a ser punido⁷.

Fato que não constitui crime é simplesmente fato atípico e, em decorrência disto, se ofertada a denúncia, haveria impossibilidade jurídica do pedido. Ocorreria carência de ação por parte do Estado, por falta de uma condição para o regular exercício da ação penal.

⁷ A jurisprudência aponta a hipótese, cuidando de legítima defesa, em decisão emanada do TACrimSP, RT 413/300, *apud op. cit. in* nº 2, dessas notas, p. 38.

Seria puro exercício de tautologia estar, aqui, a repetir que, *in casu*, torna-se exigível que a causa excludente da antijuridicidade resulte demonstrada de forma inequívoca, impondo o arquivamento. É que, nesta fase, vige o princípio do *in dubio pro republica*, razão pela qual se imporá a apresentação da acusação, caso haja um mínimo de "prova" (*rectius*, elementos de informação) aconselhando a propositura da ação penal. O juiz, este sim, ao sentenciar, deve optar pela aplicação do *in dubio pro reo*, absolvendo o acusado caso inexista prova suficiente para a condenação. Note-se que, em tal emergência, a lei não afirma a ocorrência de falta de prova; esta pode ocorrer mas não se apresentar como *suficiente* para embasar uma condenação (art. 386, VI, do CPP).

Aliás, o próprio Ministério Público, no decorrer do processo, uma vez concluída a instrução criminal, deverá requerer a absolvição do réu (art. 385 do CPP), caso entenda não demonstrada a acusação. Nesta fase, mesmo para o *Parquet*, a dúvida resolve-se sempre em favor do acusado.

Além de tudo o que foi exposto, como poderia o Ministério Público, na *causa petendi* que consolida a imputação, descrever o "fato criminoso com todas as suas circunstâncias" (art. 41 do CPP), caso o inquérito policial (ou qualquer outra peça de informação idônea) não lhe fornecesse elementos para a acusação?

12. Acrescente-se que nos acórdãos citados, todos emanados do Pretório Maior, consagrando o arquivamento definitivo por ausência de tipicidade penal, não tive a oportunidade de constatar qualquer referência à possibilidade da interposição de recurso (9, *supra*), quer pelo ofendido, quer por uma das pessoas que eventualmente possa ter interesse em recorrer da decisão (art. 577, parágrafo único, do CPP). Repito, porém, que, em razão da eficácia preclusiva da decisão judicial que determina o arquivamento em virtude de atipicidade penal, torna-se indispensável que a manifestação do juiz possa encontrar enfrentamento através do apelo residual, por tratar-se de decisão (não de mero despacho) com força de definitiva (art. 593, II, do CPP).

É que, no caso, não há falar em aplicação da Súmula 524 do STF, pois, repita-se até a náusea, não se encontra em discussão matéria de fato, mas, ao contrário, questão de direito que encerra, de-

finitivamente, a investigação penal. É assim que deve funcionar o Estado democrático de direito. Ou não é?

Quando o juiz rejeita a denúncia por entender que o fato narrado não constitui infração penal (art. 43, I, do CPP), tal decisão pode ser desafiada pelo *Parquet* através de recurso no sentido estrito cogitado no art. 581, I, do CPP.

É bom que se entenda que o "fato narrado" (art. 43, I, do CPP) tem que encontrar lastro em elementos de informação mais ou menos precisos, pois a denúncia, como tantas vezes registrado no decorrer desse estudo, não é obra de criação do Ministério Público; ela repousa em dados concretos. Sem estes, faltaria interesse de agir para a imputação.

Por que razão, então, o ofendido ficaria tolhido de recorrer, tendo em conta que a decisão judicial, no caso vertente, torna obstativa a ulterior instauração da *persecutio criminis*?

Observe-se que o ofendido pode, em tese, dependendo do caso concreto, vir a ser processado por violação aos arts. 339 e 340 do CP. Portanto, seu interesse em recorrer não é puramente moral (o que, por si só, justificaria o apelo), nem a questão que estamos versando reveste, apenas, interesse acadêmico, caso, por ocasião do arquivamento, houvesse remessa de peças ao *Parquet* (art. 40 do CPP) para que se instaurasse procedimento criminal contra a vítima pela prática daqueles crimes, com eventuais reflexos civis (ressarcimento do dano) que, daí, poderiam advir.

Mas o tema é inçado de dificuldades. Explico-me: caso o recurso venha a ser provido pelo Tribunal, como será possível conciliar o julgado com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal (art. 129, I, da CF)? Com efeito, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo ofendido, o Tribunal não estaria violando o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, uma vez que o Ministério Público, na origem, requereu o arquivamento, que veio a merecer deferimento pelo juiz do primeiro grau de jurisdição?

Penso que, ao prover o apelo, o Tribunal deverá simplesmente remeter os autos ao Procurador-Geral para o fim de que a Chefia do *Parquet* dê a última palavra, no sentido de propor ou não a ação penal. Dessa forma não restaria violado o sistema acusatório e, do mesmo passo, o ofendido não ficaria ao desamparo.

Tourinho⁸ narra hipótese assemelhada, em seu clássico **Processo Penal**, em que a posição acima defendida viu-se acolhida pela Corte Suprema. O caso pode ser assim resumido: o Promotor requereu o arquivamento de um inquérito e o Juiz acolheu o pronunciamento do Ministério Público. Como o caso versava a respeito de crime contra a saúde pública, o juiz recorreu *ex officio* (art. 7º da Lei 1.521/51). O Tribunal, então, deu provimento ao recurso e determinou fosse oferecida denúncia. O Promotor ofereceu-a. Em grau de recurso, o réu veio a ser condenado. O Supremo, apreciando *Habeas* impetrado, anulou o processo, sustentando, com inteiro acerto, que a iniciativa da ação penal cabia, com exclusividade, ao Ministério Público, não podendo o Tribunal obrigá-lo a oferecê-la.

Daí que, ao meu pensar, no caso de arquivamento definitivo, em havendo apelação, só resta ao Tribunal, caso entenda incabível a decisão, remeter os autos ao Procurador-Geral para que este dê a última palavra a respeito do ajuizamento ou não da ação penal. Dessa maneira, seria possível conciliar a providência recursal com o sistema acusatório, tão bem delineado na Carta Magna.

Entendo, ainda, que, em se tratando de arquivamento fundado na atipicidade do fato, o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para que, caso deseje, venha a interpor apelo (art. 798, § 5º, "a", do CPP). Se a vítima houver falecido ou quando for declarada ausente por decisão judicial, tal direito ao recurso (que nada mais é que uma ação) poderá ser exercido por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Estes, porém, não precisarão ser intimados, até porque não seria possível identificá-los (e, muitas vezes, nem mesmo saber se existem). Nada impede, no entanto, que uma destas pessoas, tomando ciência da decisão, venha a recorrer, enquanto a punibilidade do fato não estiver extinta (art. 798, § 5º, "c", do CPP).

13. Fizemos referência (12, *supra*) ao fato de que não constatamos nas decisões do Pretório Excelso, vendo como definitivo o arquivamento

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, v. 1, p. 416, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

mento quando fundado na atipicidade penal, alusão à possibilidade da interposição de recurso voluntário pela parte interessada contra a decisão que assim disponha. Até registramos que, por tratar-se de *decisão* e não de simples despacho, torna-se necessário que ela possa ser desafiada por recurso, vislumbrando a apelação cogitada no art. 593, II, do CPP (apelo residual) como o recurso cabível para o caso, por tratar-se de decisão com força de definitiva proferida por juiz singular, que não comporta recurso em sentido estrito. É a única maneira de evitar a ocorrência da coisa julgada material, a impedir o reexame da matéria.

Porém, há uma outra hipótese a exigir recurso, uma vez que a *decisão* de arquivamento não versa a respeito de matéria de fato, impedindo, destarte, a aplicação da Súmula 524 do STF ou mesmo aquela providência mencionada no art. 18 do CPP. Refiro-me à decisão que julga extinta a punibilidade do fato por uma das causas enumeradas no art. 107 do CP. Sabe-se que a enumeração em tela não é taxativa, podendo existir casos outros previstos de forma expressa na lei penal material (Código Penal) ou, eventualmente, em leis extravagantes⁹. Aqui, no entanto, a lei processual previu recurso específico para enfrentar o *decisum*, estando ele indicado no art. 581, VIII, do CPP, recurso este que subirá nos próprios autos (art. 583, II, do CPP), comportando, inclusive, juízo de retratação (art. 589 do CPP). Em tal circunstância o próprio *ius puniendi* desaparece. É certo que, na hipótese, não há falar em extinção do crime, pois este, como fato naturalístico, existiu não podendo desaparecer através de um passe de mágica. A necessidade e a utilidade da punição é que perdem sentido¹⁰. Aliás, se, naquela circunstância, denúncia fosse oferecida ela deveria merecer rejeição (art. 43, II, do CPP).

⁹ Sobre o *thema*, podem ser consultados, entre outros HUNGRIA, Nelson (*apud* GARCIA, Basileu, *Instituições*, t. 2, p. 654), o próprio GARCIA, Basileu, na obra citada, p. 655, MARQUES, José Frederico (*Curso*, v.3, p. 401) *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*in*, *Processo Penal*, v. 1, p. 541/542, 25ª edição, 2003, São Paulo).

¹⁰ Nem sempre, no ocidente católico, a própria morte do réu extinguiu a punibilidade. O "Santo Ofício da Inquisição" previa o anátema à memória do morto, declarando ser ele herege, a merecer por isso, as punições previstas. Consequência dessa condenação eram a exumação e a cremação do cadáver ou o traslado do corpo para fora de cemitério consagrado. Em casos de confisco dos bens do morto, ele poderia ser feito até 40 anos depois do óbito. Os herdeiros, mesmo se fossem católicos, seriam despojados dos bens do herege em proveito do fisco eclesiástico ou civil. Os filhos dos hereges seriam declarados infames e inaptos para o exercício de qualquer cargo público. O "processo" contra um morto - que, por definição, não podia ser citado - seria instaurado desde que se tratasse de um

14. Mas não é somente pelo fato de que a decisão, como tal, dá margem a recurso, o que não ocorreria caso estivesse em jogo um mero despacho.

Agora, por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, publicado no Diário Oficial da União, de 9 de novembro de 1992, foi promulgada, entre nós, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. O Governo brasileiro, ao depositar a Carta de Adesão a esse ato internacional, fez com que ele fique incorporado à nossa legislação. Dessa forma, por força do art. 8º, 2, "h", o direito ao duplo grau de jurisdição fica assegurado como garantia judicial, não se concebendo, destarte, que uma decisão com força de definitiva reste sem submeter-se à reapreciação por juiz (no caso, Tribunal) mais graduado. Assinale-se, por oportuno, que o ofendido, eventualmente, pode transmudar-se em acusado (12, *supra*), justificando-se, destarte, seu interesse em apelar da decisão.

15. Pode-se alinhar, à guisa de conclusão, que a regra geral em matéria de arquivamento de inquérito policial (ou de qualquer peça de informação) é a provisoriedade da medida, uma vez que, enquanto não extinta a punibilidade do fato, nos termos do verbete da Súmula 524 do STF, o feito poderá ser reaberto desde que fato novo venha a ensejar a providência. Entende-se por fato novo aquele que importe na alteração *substancial* do que, antes, fora apurado. Aliás, nos termos do art. 18 do CPP, a própria autoridade policial, mesmo depois de arquivado o inquérito policial, pode, caso tenha notícia de outras "provas" proceder a novas pesquisas, que poderão redundar no desarquivamento. A lei usou a expressão "outras provas" no sentido comum da palavra "prova", uma vez que na fase pré-processual há mera colheita de informações.

Em duas situações, no entanto, o arquivamento torna-se definitivo. Tal se dá quando ele teve como arrimo a atipicidade do fato

delito de lesa-magestade divina. Para um completo exame do assunto, consulte-se o "Directorium Inquisitorium" (*Manual dos Inquisidores*, p. 198, escrito por EYMERICH, Nicolau em 1376, revisto e ampliado por LA PEÑA, Francisco, em 1578, ambos inquisidores, integrantes da Ordem dos Pregadores, Editora Universidade de Brasília, 1993).

ou quando a providência reconheceu a extinção da punibilidade do fato. Aqui, não há falar na aplicação da Súmula 524 do STF.

Outra particularidade nestas últimas situações processuais (reconhecimento da atipicidade do fato ou decretação da extinção da punibilidade) é que a manifestação jurisdicional não se traduz num mero despacho do juiz acolhendo a promoção do Ministério Público. Em ocorrendo uma daquelas modalidades de arquivamento, o juiz prola uma decisão que desafia recurso da parte que tiver interesse moral e, eventualmente, interesse material, em ver instaurada a ação penal.

Se provida a apelação, para que fique resguardado o sistema acusatório, o Tribunal deverá remeter os autos ao Procurador-Geral para que ele determine ou não o ajuizamento da ação penal.

Entendo, ainda, que, nos dois casos, o magistrado que atuou no primeiro grau de jurisdição ficaria impedido de exercer a jurisdição na ação penal que, eventualmente, viesse a ser instaurada em razão do desarquivamento ou do provimento do recurso interposto pelo Ministério Público (art. 581, I, do CPP), nos termos do art. 252, III, do CPP, observando-se, em relação ao órgão de atuação do *Parquet*, no que couber, o mandamento legal contido no art. 258 do CPP. 